Die Inkassozession.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Halle-Wittenberg

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt von

Eckhard Albrecht
Gerichtsassessor.

Gedruckt 1916. Gotha.
Friedrich Andreas Perthes, Aktiengesellschaft.

Referent: Geh. Justizrat Professor Dr. Rehme.

Dem Andenken meines Vaters.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. Einleitung 1
2. Einziehungsermächtigung (Inkassozession) und Prozeßführungsermächtigung 3
3. Zulässigkeit der Inkassozession und Klagebefugnis des Inkassozessionars 9
4. Einwendungen gegen die Inkassozession 20
5. Armenrechtsverweigerung 23
6. Aufrechnungsmöglichkeiten 25
7. Rechtskrafterstreckung auf den Inkassozedenten und seine Rechtsnachfolger 28
8. Erlöschen der Inkassozession 35
9. Strafrechtliches 40

1.

Einleitung.

Zur Beitreibung gewöhnlicher Geldforderungen durch dritte Personen lassen sich für den Gläubiger vier Wege denken:

1) die Vollmacht,
2) die volle fiduziarische Abtretung mit der obligatorischen Verpflichtung der Rückübertragung,
3) die Abtretung des formellen Gläubigerrechtes unter Zurückbehaltung des materiellen oder die Ermächtigung zur Einziehung im eigenen Namen,
4) die Prozeßführungsermächtigung oder die Ermächtigung eines Dritten dahin, daß er den Anspruch für den Ermächtigenden aber im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten gerichtlich geltend machen darf [1]).

Vollmacht und volle fiduziarische Abtretung sollen hier nicht näher behandelt werden. Nur so viel sei gesagt, daß sie wegen ihrer rechtlichen Eigentümlichkeiten, die sie von den zu 3) und 4) genannten Wegen unterscheiden, besonders im heutigen Geschäftsleben unbeliebt sind und daher sehr selten gewählt werden. Die Gläubiger wollen aus

1) Eine Zession, wie sie von Tuhr S. 85 erwähnt, mit der Wirkung, daß der Zessionar nur Leistung an den Zedenten verlangen darf, fällt entweder mit der Vollmacht oder, wie aus späteren Ausführungen sich ergeben wird, mit der Prozeßführungsermächtigung zusammen. Die Berufung auf § 328 BGB. ist wohl nicht angängig, da der Zedent nicht Dritter ist.

mannigfachen Gründen nicht als die unerbittlichen Beitreiber ihrer Forderungen erscheinen oder als Prozeßpartei auftreten. Eine Vollmachterteilung erfüllt diesen Wunsch nicht. Denn gerade das charakteristische Merkmal der Vollmacht, daß der Bevollmächtigte im Namen des Vollmachtgebers handelt,

RG. 53, 275; Staudinger S. 269 Anm. 5b zu § 185,

ist das, was man vermeiden will [1]).

Auch der vollen fiduziarischen Abtretung, bei der formell und materiell der Zessionar dem Schuldner und Dritten gegenüber Gläubiger wird mit der obligatorischen Verflichtung der Rückübertragung,

Mot. II, S. 130,

bedient man sich nicht gern. Wenn man auch in Theorie und Rechtsprechung die Interessen des Fiduzianten, im Falle des Konkurses des Fiduziars oder bei Pfändungen seitens seiner Gläubiger, zu wahren gesucht hat, indem man ein Aussonderungsrecht oder auf dem Umwege des § 812 BGB. einen Anspruch auf Rückgewähr gegen die Gläubiger des Fiduziars gibt,

Dernburg II, S. 375,

so scheut man doch die volle fiduziarische Abtretung entweder aus Gründen, die in der Person des Fiduziars liegen, oder in der Absicht, sich die volle Verfügungsbefugnis über die Forderung zu erhalten.

---

1) Besonders tritt diese Tatsache im Wechselverkehr der Handelswelt zutage. Das Prokuraindossament des Art. 17 WO, das das Gegenstück zur Vollmacht ist — cf. Staub-Stranz S. 73 Anm. 3 zu Art. 17 —, wird kaum gewählt, sondern fast immer der Weg des versteckten Inkassogiros eingeschlagen. Hier spielen allerdings auch noch andere Gründe mit. Die Wahl des Prokuraindossaments statt des Vollindossaments zum Inkasso wird z. B. oft als Zeichen mangelnden Vertrauens empfunden.

2.

Einziehungsermächtigung und Prozeßführungsermächtigung.

In Vermeidung dieser kurz skizzierten, als Mängel empfundenen Begleiterscheinungen von Vollmachtserteilung und voller fiduziarischer Abtretung hat man einen Ausweg gesucht. Man hat versucht, dem Dritten die Stellung des Gläubigers zu geben, Gläubigerrechte zu verschaffen, ohne ihn aber zum Gläubiger zu machen.

Zwei Möglichkeiten lassen sich hier wieder denken, die diesem Gedanken gerecht werden: die oben unter 3) erwähnte Abtretung des formellen Gläubigerrechts und die zu 4) genannte Prozeßführungsermächtigung. Diese beiden Wege erscheinen auf den ersten Blick dieselben, doch besteht m. E. ein Unterschied.

Bei der Untersuchung dieser Frage mag es zunächst unerörtert bleiben, ob eine Übertragung des formellen Gläubigerrechts unter Zurückbehaltung des materiellen zulässig ist, wie es zunächst dahingestellt sein kann, ob es überhaupt möglich ist, eine Ermächtigung nur zur Prozeßführung zu geben, mit anderen Worten: rechtsgeschäftlich einen Zustand der Trennung von Prozeßzuständigkeit und Rechtszuständigkeit zu schaffen, den das Gesetz in einigen ausdrücklich hervorgehobenen Fällen kennt. Besonders scharf tritt diese Trennung in § 265 ZPO. hervor, im Falle der Weiterführung des Rechtsstreits durch den Zedenten nach Abtretung des rechtshängigen Anspruchs. Bei nachfolgender Untersuchung soll daher dieser Fall ins Auge gefaßt werden.

Das formelle Gläubigerrecht als das Recht, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen,

RG. 25, 209,

verleiht dem Inhaber die Befugnis, Leistung an sich zu verlangen. Will er dieses Verlangen im Prozeßwege durchsetzen, so muß er sein Verlangen in der von der Prozeßordnung vorgeschriebenen Form eines Klageantrags vorbringen, der demnach dahin zu lauten hat, daß er, Kläger, begehre, daß der Beklagte zur Zahlung an ihn, den Kläger, verurteilt werde. Anders im Falle der Prozeßführungsmacht ohne Rechtszuständigkeit. Ist der rechtshängige Anspruch abgetreten und damit jene eigenartige Trennung geschaffen, so kann der prozeßzuständige, aber nicht mehr rechtszuständige Kläger bei Vermeidung seiner Abweisung nicht mehr verlangen, daß der Beklagte zur Leistung an ihn verurteilt werde, sondern muß Leistung an den Zessionar begehren. Das ist neuerdings herrschende Ansicht.

Stölzel Bd. II, S. 28; Hellwig, Rechtskraft, S. 159; Förster-Kann, Anm. 4b zu § 265 mit weiteren Zitaten; Skonietzki-Gelpcke Bd. I, S. 665; RG. 56, S. 307.

Aus der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 73, S. 308, in der die Zulässigkeit einer Prozeßführungsermächtigung anerkannt wird, läßt sich die Notwendigkeit einer solchen Fassung des Antrags nur auf Umwegen herauslesen, weil es sich um eine Feststellungsklage handelt. Aber auch dort soll der Kläger nicht für sich, sondern für seine Ermächtiger die Nichtigkeit eines Vertrages zur Feststellung bringen. Vor allem aber ist die Entscheidung (78, 87) ein Beleg für vorstehend vertretene Ansicht über die Tenorierung des Antrags. Vielleicht auch § 1380 BGB., zu dem die Ansicht überwiegt, daß der Ehemann den Antrag auf Leistung an sich nur stellen könne, wenn die Frau der Annahme der geschuldeten Leistung durch den Mann zugestimmt habe.

Staudinger S. 228 Anm. 5 zu § 1380.

Die Ermächtigung zur Prozeßführung im eigenen Namen über ein fremdes Forderungsrecht oder die Übertragung der

nackten Prozeßführungsmacht stellt sich also gegenüber der Ermächtigung der Einziehung im eigenen Namen oder der Übertragung des formellen Gläubigerrechts als ein minus dar, das sich materiell in der mangelnden Einziehungsbefugnis, prozessual in der anderen Tenorierung des Antrags von der Übertragung des formellen Gläubigerrechts abhebt. Auf dem Wege des § 157 BGB. etwa aus der zur Prozeßführung erteilten Zustimmung auch die Einwilligung zu materiellrechtlichen Verfügungsakten herzuleiten, möchte ich ablehnen. § 157 ist, als Ausgleichsmittel, nur dazu angetan, die scharfen Grenzen zu verwischen. Und daß diese Grenzen bestehen, wird selbst da anerkannt, wo man in der Zustimmung zur Prozeßführung gleichzeitig auch die Zustimmung zu den im Laufe des Prozesses einschließlich der Zwangsvollstreckung nötig werdenden Verfügungen über das geltend gemachte Recht erteilt sehen möchte.

RG. 77, 35; Staudinger S. 229 Anm. 6 zu § 1380.

Welcher von diesen beiden letztgenannten Wegen eingeschlagen wird, ist Tatfrage. In den häufigsten Fällen wird sich das Abkommen, das der Gläubiger mit dem Dritten, meist einem gewerbsmäßigen Agenten, trifft, in seinen wesentlichen Punkten kurz so zusammenfassen lassen: Der Gläubiger — in folgendem G genannt — ermächtigt unter ausdrücklicher Zurückbehaltung der Forderung einen Dritten — in folgendem A genannt —, die Forderung gegen den Schuldner im eigenen Namen einzuklagen, wogegen der A sich verpflichtet, den Betrag, den er einzieht, abzüglich einer in Prozenten ausgedrückten Provision oder Vergütung an den G abzuführen. Ob die Parteien mit diesem Abkommen den Weg der Übertragung des formellen Gläubigerrechts oder den der Prozesführungsermächtigung gewählt haben, kann zweifelhaft erscheinen. Es heißt, daß G den A ermächtigt, den Anspruch im eigenen Namen einzuklagen. Betrachtet man diesen Teil des Abkommens in Verbindung mit der Bestimmung, daß die Forderung selbst auf A nicht übergehen soll, so erscheint es, als ob von den Parteien der zu 4) genannte Weg der Prozeßführungsermächtigung ein-

geschlagen ist, mit den sich hieraus ergebenden, oben erörterten Folgen für die Fassung des Klageantrags. Nun heißt es aber in dem Abkommen weiter, daß A den Betrag, den er einzieht, abzüglich 10 Proz. an G abführen soll. Daraus folgt, daß A nicht nur zur Prozeßführung ermächtigt sein soll, sondern auch zur Einziehung, und wie zur Prozeßführung im eigenen Namen, so auch zur Einziehung im eigenen Namen. Es handelt sich also um eine Abtretung des formellen Gläubigerrechts, wie sie RG. 25, 207 erwähnt und mit „Einräumung des Rechts der Einziehung der Forderung im eigenen Namen" oder „Ermächtigung zur Einziehung der Forderung im eigenen Namen" erläutert.

Die Wahl dieses im Verkehrsleben Inkassozession [1]) genannten Vertrages entspricht nun aber nicht nur dem Wortlaut des meist gewählten Abkommens, sondern auch meist der Absicht der Parteien. Der Grund liegt in der Tatsache, daß bei einer Übertragung der nackten Prozeßführungsmacht, wie sie hier verstanden wird, der Gläubiger beim Leistungsempfang doch wieder als Gläubiger und damit als der wirklich die Leistung Begehrende dem Schuldner gegenübertreten müßte (abgesehen von seiner Nennung im Klageantrage), was ja, wie erwähnt, ein Hauptgrund für die Ablehnung einer Vollmachtserteilung ist. Natürlich wird, wenn dieser Grund eine Rolle spielt, der Wortlaut des oben skizzierten Inkassovertrages geändert und so gewählt, daß dem Schuldner gegenüber sein bisheriger Gläubiger nicht mehr als der Inhaber der Forderung und daher der Einklagung und zwangsweisen Beitreibung der Schuld vollständig fernstehend erscheint. Die Parteien simulieren in diesem Fall eine volle Zession, mit der sie das wirklich gewollte, oben gekennzeichnete Inkassoabkommen verdecken.

---

1) Die Ausdrücke Inkassozession, Inkassozedent und Inkassozessionar sind in den nachfolgenden Ausführungen der Einfachheit halber beibehalten, obwohl nach diesseitiger Auffassung es sich um keine Zession im Sinne des § 398 BGB. handelt, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird.

Erhält der Schuldner Kenntnis von dem tatsächlichen Sachverhalt, so trifft sein Einwand aus § 117[I] zwar die Zession, aber nicht die darunter liegende Inkassozession. Das Reichsgericht hat in

RG. 25, 207,

die Zulässigkeit einer solchen Inkassozession bejaht und diesen Standpunkt in ständiger Rechtsprechung (bes. RG. 53, 417) aufrechterhalten. Auch die Literatur hat in überwiegender Mehrheit die Inkassozession gebilligt. Bei der Behandlung dieser Frage, besonders in den Fällen, die der Entscheidung des höchsten Gerichts vorgelegen haben, werden zwei Punkte hineingezogen, die m. E. mit dem Kern der Sache nichts zu tun haben. Das ist einmal die Bestimmung des Inkassovertrages, auf wessen Kosten und auf wessen Rechnung die Einziehung und Einklagung erfolgen soll. Was die Stellung des Inkassozessionars zum Schuldner anlangt, so ist es belanglos, ob es in dem Inkassoabkommen heißt, daß die Einziehung auf Rechnung und auf Kosten des materiellen Gläubigers, des Inkassozedenten (so RG. 53, 417) oder auf Rechnung des formellen Gläubigers, des Inkassozessionars, gehen soll.

Will man einen Unterschied in den Ausdrücken „auf Kosten“ und „auf Rechnung“ sehen, so könnte er nur darin gefunden werden, daß mit „auf Kosten“ gemeint ist „auf Prozeßkosten“ und „auf Rechnung des materiellen Gläubigers“ gleichbedeutend ist mit „auf Gefahr des materiellen Gläubigers“, d. h. auf die Gefahr, durch den Verlust des vom formellen Gläubiger geführten Prozesses den materiellen Anspruch zu verlieren.

Nun aber ist es einmal unmöglich, durch Parteivereinbarung zu bestimmen, wie weit sich die Rechtskraft eines Urteils, das zwischen einer Partei und einem Dritten ergeht, erstrecken soll. Anderseits ist darauf hinzuweisen, daß in jenen Fällen, in denen das Reichsgericht eine Prozeßführung über fremde Rechte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung behandelt, ausgesprochen ist, daß die Rechtskraft des

Urteils sich auch auf den Inhaber des Rechtes erstreckt, auf dessen Rechnung der Prozeß ja nicht gegangen ist.

RG. 73, 309 [1]).

So ist m. E. „auf Kosten des materiellen Gläubigers" gleichbedeutend mit „auf Rechnung des materiellen Gläubigers". Beides heißt, daß der materielle Gläubiger im Innenverhältnis zum formellen verpflichtet sein soll, diesem, der als richtige Prozeßpartei kosten- und vorschußpflichtig ist, ohne daß für den Fiskus ein Rückgriff auf den materiellen Gläubiger möglich wäre (RG. 72, 97), die für den Prozeß aufgewendeten Kosten zu erstatten. Die Bestimmung, ob der formelle oder materielle Gläubiger die Prozeßkosten wirtschaftlich auf sich nehmen soll, vergrößert oder verkleinert das Risiko des zur Klage schreitenden formellen Gläubigers, ist aber nicht entscheidend für den Umfang seiner Befugnisse.

Ebensowenig berührt es diesen Umfang, ob der formelle Gläubiger verpflichtet ist, von der ihm erteilten Ermächtigung Gebrauch zu machen. In jenen Entscheidungen (25, 207; 53, 417) ist davon die Rede, daß der formelle Gläubiger beauftragt, d. h. verpflichtet gewesen sei, den Klageweg zu beschreiten. Dieser Auftrag trifft die Innenbeziehungen zwischen dem Inkassozedenten und dem -zessionar, nicht aber die des letzteren zu dem Schuldner. Ist in einem Inkassoabkommen die Verpflichtung ausgeschlossen, so handelt es sich um ein eigenartiges Vertragsgebilde, das insofern dem Mäklervertrag vergleichbar wäre, als der Mäkler nach herrschender Ansicht zunächst auch nicht verpflichtet ist, eine Tätigkeit zu entfalten, sondern nur eine vertraglich gesicherte Aussicht auf die Gegenleistung im Falle der Herbeiführung eines vertraglich bestimmten Erfolges hat.

---

1) Die Erörterung, aus welchen Gründen das Reichsgericht zu dieser Folgerung kommt, führt an dieser Stelle zu weit, und es sei daher nur auf die Begründung in RG. 73, 309 verwiesen.

3.

Zulässigkeit der Inkassozession und Klagebefugnis des Inkassozessionars.

Nach Ausscheidung dieser als unerheblich angesehenen Bestimmungen, bleibt es zu untersuchen, ob es dem Gläubiger mit Wirkung gegen den Schuldner möglich ist, eine Vereinbarung mit einem Dritten dahin zu treffen, daß dieser die Forderung gegen den Schuldner im eigenen Namen einzuziehen und auch einzuklagen befugt sein soll, ohne selbst Inhaber der Forderung zu werden.

Das Reichsgericht hat sich, wie erwähnt, in ständiger Rechtsprechung für die Zulässigkeit einer solchen Inkassozession entschieden.

RG. 25, 207 (I. 30. X. 1889); 53, 417 (I. 9. II. 1903). Weitere Zitate bei Müller, Bl. f. R. A. 72, 970; ferner die Urteile des Reichsgerichts, in denen ausdrücklich oder beiläufig die Zulässigkeit ausgesprochen worden ist I, 23. VI. 1906 in Puchelts Zeitschr. 1907, S. 234; II. 13. XII. 1907 in L. Z. 1908, S. 454; V. 3. II. 1908 im Recht 1908, Nr. 953 und bei Warneyer 1908, Nr. 275; V. 3. X. 1910; V. 9. XI. 1910; bei Gruchot Bd. 55, S. 383 und 635. Aus der Rechtsprechung der OLG. seien hervorgehoben OLG. 20, 154 (Hamburg 4. XII. 1908). OLG. 23, 10 (Stettin 6. II. 1911) [1]).

1) Mit dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts sind die Urteile des II. Senats vom 13. X. 1905 (JW. 05, 718) und 8. XI. 1910 (Warneyer 11, 20 und Gruchot 55, 636) wie Türk in JW. 1911, 1003 ausführt, vereinbar, wenn man berücksichtigt, daß das Reichsgericht nur eine solche Zession für unzulässig erklärt, bei der dem

Auch die Theorie hat in überwiegender Mehrheit sich für die Zulässigkeit einer solchen „schwächeren Zession“ erklärt.

> Endemann I, S. 870; Dernburg II, S. 374; Staudinger II, S. 451 Anm. 5 zu § 398; Oertmann S. 307. Weitere Zitate bei Müller a. a. O.; ferner: Eck II, S. 390 Anm. 3; Leonhard I, S. 303; Enneccerus S. 224; Romeick III, S. 105; Staub, HGB. I, S. 832 Anm. 18 zu § 222; Staub-Stranz, Wechselordnung S. 75 Anm. 6 zu Art. 17.

Während diese Autoren im Prinzip die Zulässigkeit einer Inkassozession bejahen und nur in ihren Ansichten auseinandergehen, zu wessen Vermögen das Beigetriebene im Falle einer Konkurseröffnung oder Pfändung zu rechnen ist, und welche Folgen der „Widerruf der Zession“ auslöst, leugnen Wienstein, Schöninger und Müller [1]) überhaupt, daß die Inkassozession eine Zession sei, und daß der Inkassozessionar ein im Klagewege verfolgbares Recht habe.

Wienstein meint, daß sich überzeugende Gründe für die Zulässigkeit der Inkassozession nicht finden ließen, daß vielmehr der jetzige Stand der Wissenschaft und Praxis zu immer erneuter Prüfung nötigten.

Schöningers Ausführungen lassen sich dahin zusammenfassen: Die Abtretung sei ein Veräußerungsgeschäft, durch welches die Forderung aus dem Vermögen des Zedenten in das des Zessionars hinüberwechsele. Diese notwendige Folge jeder Abtretung, die nunmehrige Zugehörigkeit des veräußerten Rechts zum Vermögen des Zessionars, werde bei der Zession zum Inkasso durch Parteivereinbarung ausgeschlossen und nicht anerkannt. Wenn aber die Parteien die Rechtsfolgen eines von ihnen vorgenommenen Rechts-

---

Schuldner benommen sein soll, mit befreiender Wirkung an den Zessionar zu leisten und die Einziehungsbefugnis allein und ausschließlich dem Zedenten zusteht.

1) Wienstein in DJZ. 1905, S. 833; LZ. 1908, S. 881; Gruchot 46, 248; 48, 485; Schöninger in Arch. Ziv. Prax. Bd. 96, S. 163; Müller in Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 72, S. 967.

geschäftes durch ein Kontregeschäft beseitigten bezw. ausschlössen, so läge nicht das Rechtsgeschäft vor, das äußerin Szene gesetzt sei, sondern dasjenige, welches sich aus den übrig gebliebenen Rechtsfolgen ergäbe. Das aber sei eine Vollmachtserteilung. Die Zulässigkeit der Inkassozession könne auch nicht aus § 185 BGB. gefolgert werden. Verfügungen, die ein Nichtberechtigter im eigenen Namen vornähme, beträfen seine eigene Rechtssphäre und blieben seine Rechtsgeschäfte, denn im „eigenen Namen" bedeute „in eigener Sache". Dies sei aber im Falle der Einziehung für einen Fremden nicht der Fall und das angebliche Verfügen, d. h. Einziehen im eigenen Namen bliebe eine Fiktion, dazu bestimmt, die prozessuale Lage des Schuldners zu verschlechtern. Aus § 185 folge, wie aus § 409, daß der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Nichtberechtigten, der mit Zustimmung des Berechtigten handle, leisten könne, aber nicht müsse. Das Ergebnis sei, daß, falls der Inkassozessionar, der nicht materieller Inhaber sei, klage, er abgewiesen werden müsse, wenn nicht der Inkassozedent mit Zustimmung des Beklagten die Klägerrolle übernehme.

Auch Müller kommt zu gleichem Ergebnis. Er meint, daß die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der herrschenden Lehre von der Inkassozession davon abhänge, ob es möglich sei, das materielle Gläubigerrecht zurückzubehalten und allein das formelle, das lediglich in dem Recht der Forderungseinziehung im eigenen Namen bestehe, mit Bindekraft für den Schuldner, einem anderen einzuräumen. Er verneint diese Möglichkeit, indem er ausführt, daß das Recht zur Klage auf Leistung den Kern des materiellen Gläubigerrechts ausmache und daß, wer dieses Recht übertrage, eine materielle Befugnis übertrage, nicht aber ein formelles Gläubigerrecht, wenn er es auch so bezeichne. Daher sei gegenüber den im eigenen Namen klagenden Inkassozessionar der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation begründet, wenn erkennbar hervortrete, daß er nur als Gläubiger *gelten* und zur Beitreibung befugt, nicht aber wirklicher Gläubiger *sein* solle.

Es läßt sich wohl nicht leugnen, daß die Ausführungen Schöningers und Müllers schwere Bedenken gegen die juristische Konstruierbarkeit einer Inkassozession, so wie sie tatsächlich gehandhabt und von der Rechtsprechung anerkannt wird, erwecken. Auch die Fassung der reichsgerichtlichen Erkenntnisse (53, 417) bietet doch wohl einige Angriffsflächen, so z. B., wenn es heißt, daß unter der Form der Zession Vollmacht erteilt sei. Das ist ein Widerspruch in sich selbst, der übrigens in der Literatur auch wiederkehrt [1]). Denn entweder ist jemand Zessionar und übt dann ein Recht im eigenen Namen aus, oder er ist Bevollmächtigter und handelt dann im fremden Namen. Auch die Wendung „Widerruf der Zession" ist mit Rücksicht auf die Vertragsnatur der Abtretung nicht glücklich gewählt. Ferner ist die Zitierung des § 117 Abs. 2 BGB. bedenklich, weil daraus gefolgert werden muß, daß das Reichsgericht eine Zession ablehnt, und die Frage offen bleibt, welches verdeckte Rechtsgeschäft denn nun eigentlich vorliegt. Die Berufung auf § 409 BGB. ist deshalb angreifbar, weil selbst von den Anhängern der Inkassozession § 409 als eine nur zum Schutze des Schuldners aufgenommene Gesetzesstelle bezeichnet wird.

Staudinger S. 474 Anm. I zu § 409.

Das Reichsgericht nennt selber am Ende der Entscheidung im 53. Bande den § 409 eine Schutzvorschrift, die nicht gegen den Schuldner wirken soll [2]).

Nun ist aber andererseits die Tatsache nicht zu verkennen, daß die Verkehrsentwicklung zu der Anerkennung der Inkassozession in gleicher Weise drängt, wie zu der Annahme des Inkassomandatindossaments.

Staub-Stranz, Wechselordnung S. 75 Anm. 6 zu Art. 17.

---

1) Wahrscheinlich hervorgerufen durch Kohlers Bezeichnung „Vollmachtserteilung im Gewande des Eigenrechts".

2) Nur der Komm. d. RGR. zu § 409 ist der Ansicht, daß einer Berechtigung des Schuldners eine Verpflichtung gegenüberstehe für den Fall, daß der Schuldner an der Bemängelung der Legitimation kein Interesse habe.

Die Aufgabe der Rechtsentwicklung ist es aber, mit der Verkehrsentwicklung Schritt zu halten, soweit es sich mit feststehenden Begriffen der Rechtswissenschaft vereinen läßt.

Es soll nun darzulegen versucht werden, daß man sich mit den im materiellen Recht aufgestellten Rechtsbegriffen nicht in Widerspruch setzt, wenn man die Inkassozession in der Form, wie sie geübt wird, zuläßt. Aus dem materiellen Recht geht unzweifelhaft hervor, daß die Ausübung eines Rechts auch demjenigen möglich ist, der nicht Subjekt des Rechtes ist, mit anderen Worten: Das Gesetz kennt selbst eine Trennung von Ausübungsbefugnis und Rechtszuständigkeit, und zwar eine durch Parteiwillen herbeigeführte Trennung. Es seien hier nur aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch die §§ 1059, 1092, 1282 genannt. Vor allem aber ist § 185 ein Beleg hierfür, und aus dieser Gesetzesstelle kann die Zulässigkeit der Inkassozession für das materielle Recht begründet werden.

So Enneccerus und Romeick a. a. O. [1]).

Es heißt dort in Abs. 1: „Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.“ Die Einziehung einer Forderung ist nun aber eine Verfügung über das Forderungsrecht, das durch Annahme der geschuldeten Leistung zum Erlöschen gebracht wird. Aus § 185 folgt also, daß es dem Gläubiger einer Forderung möglich ist, seine Einwilligung dahin zu geben, daß ein Nichtgläubiger die Forderung im eigenen Namen einzieht [2]). Die Ein-

---

1) Jüngst auch Jander. J. W. 1913. Als mir diese Abhandlung zu Gesicht kam, war vorliegende Arbeit im Mai 1913 als Prüfungsarbeit zur großen Staatsprüfung bereits entstanden.

2) Wenn Schöninger S. 188 sagt, „im eigenen Namen“ sei gleichbedeutend mit „in eigener Sache“, weil die Verfügung dem Vermögen des Verfügenden zugute komme, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Das hieße wirtschaftliche Momente hineintragen. Es gibt mehrere Fälle, in denen jemand im eigenen Namen handelt, und es sich doch um eine juristisch ihm fremde Sache handelt. Es sei nur auf § 1380 hingewiesen.

willigung zur Einziehung ist aber nichts anderes, als die Übertragung der Einziehungsbefugnis, d. h. des formellen Gläubigerrechts, wie es bei der Inkassozession und in den genannten Entscheidungen des Reichsgerichts verstanden und definiert wird. Das materielle Gläubigerrecht wird zurückbehalten, denn würde es mitübertragen, so würde der Nichtberechtigte dadurch ein Berechtigter werden. Das übersieht m. E. Schöninger S. 185, wenn er behauptet, daß die Zustimmung des Berechtigten zu der Verfügung des Nichtberechtigten im Verhältnis dieser beiden stets einen materiellen Verfügungsakt enthalte.

Nun ist es allerdings richtig, daß aus § 185, der ein allgemeines Konvaleszenzprinzip aufstellt,

Prot. I, 179.

zunächst nicht zu folgern ist, daß demjenigen, der die Einwilligung zur Einziehung hat, damit auch das Recht gegeben ist, seine Befugnis gegen den Schuldner durchzusetzen, d. h. klagend und zwar im eigenen Namen klagend gegen ihn vorzugehen, selbst wenn die Einwilligung auch soweit ausgedehnt sein sollte [1]). Man kann aber m. E. folgern: Wenn das Gesetz die Einwilligung zur Einziehung im eigenen Namen kennt, so muß es auch die klageweise Durchführung der Einziehung demjenigen gestatten, dem die Einwilligung erteilt ist, wenn der Einwilligende dies zugibt oder aus anderen Gründen zuzugeben gezwungen ist.

Ein Blick auf § 835 ZPO. mag dies näher erläutern. Durch die Überweisung zur Einziehung wird eine ganz ähnliche Lage geschaffen, wie wir sie hier vor uns sehen. Die Überweisung durch den Richter gibt dem Gläubiger die Befugnis, die Forderung einzuziehen. Damit erhält er das

---

1) Die Möglichkeit der klageweisen Durchsetzung der aus § 185 abgeleiteten Inkassozession leugnen 1) Schöninger S. 187 u. 196, 2) von Tuhr S. 76 (wobei zu bemerken ist, daß von Tuhr unter „unwiderruflicher Vollmacht“ in seiner Untersuchung den Fall der „Einwilligung“ des § 185 mit einbegreift [S. 48]); 3) Mangold S. 32.

Recht, die Forderung als Partei im eigenen Namen und für eigene Rechnung einzuklagen.

Gaupp-Stein S. 627 Anm. IV zu § 835; Neukamp S. 981 Anm. 3 zu § 835.

Der Pfandschuldner bleibt aber trotz § 836 immer noch der Inhaber der Forderung mit den durch die Pfändung sich ergebenden Verfügungsbeschränkungen. Die Forderung gehört auch jetzt noch zu seinem Vermögen, und er kann darüber, wenn auch ohne Wirksamkeit gegen den Pfändungsgläubiger, gültig verfügen.

Gaupp-Stein S. 629 Anm. 2 zu § 835; Seuffert S. 551 Anm. 3, Ib zu § 835; Neukamp S. 981 Anm. zu § 835.

Nun ist aber nicht einzusehen, weshalb die richterlich übertragene Befugnis zur Einziehung — Überweisung — anders wirken sollte, als die rechtsgeschäftlich übertragene Befugnis — Einwilligung [1] [2]). Daß der Pfandgläubiger wirtschaftlich für sich, der Inkassozessionar jedoch wirtschaftlich für den Zedenten einzieht, kann m. E. nicht ins Gewicht fallen, rücksichtlich ihres Auftretens dem Drittschuldner (Schuldner) gegenüber. Ebensowenig kommt es hier in Betracht, kraft welchen Rechts der Pfandgläubiger sein Recht geltend macht. Wenn Gaupp-Stein S. 268 Anm. IV, 1 und auch Seuffert S. 552 Anm. 3, I, c entgegen Neukamp S. 981 Anm. β meinen, daß er „kein Recht aus der Person des Pfandschuldners" geltend mache, kein procurator in rem suam sei, so ist das für die Befugnis zur Klageerhebung gegen den Schuldner, die ihm allein durch die Überweisung des Richters gegeben ist, ohne Belang. Diese Frage ist von Bedeutung für die Erstreckung der Rechtskraft [3]) und für

1) Note 1 Sydow-Busch zu § 836 sagt: „Uberweisung ersetzt die Ermächtigung zur Einziehung".

2) Aus § 835 folgt auch, daß es eine Spaltung von formellem und materiellem Gläubigerrecht gibt, was Müller leugnet.

3) Hellwig, Rechtskraft S. 44 u. S. 81: Der Ausgang eines solchen Prozesses (Pfändungspfandgläubiger gegen Drittschuldner) nützt oder schadet weder dem Schuldner noch einem anderen Gläu-

Einreden [1]), wie für das Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner so z. B. bei Verfügungen des letzteren.

Man könnte nun vielleicht trotzdem Bedenken tragen, die Inkassozession zuzulassen, wenn dadurch berechtigte Interessen des Schuldners verletzt würden. Das ist aber nicht der Fall. Unbedingt zugelassen wird die volle fiduziarische Zession mit der obligatorischen Verpflichtung der Rückübertragung selbst von den Gegnern der Inkassozession.

So auch Schöninger a. a. O.; a. A.: allein Stammler S. 196, der sich damit in Widerspruch mit den Motiven S. 130 setzt.

Die Stellung des Schuldners gegenüber dem Inkassozessionar ist nun aber nicht schlechter als gegenüber dem vollen fiduziarischen Zessionar. Inkassozedent und fiduziarischer Zedent sind, vorbehaltlich anderweitiger Anordnung durch das Gericht § 393 Abs. 2, als Zeugen unbeeidigt zu vernehmen. Darin bestand allerdings vor der Novelle von 1909 ein Unterschied. Der Zedent, also auch der fiduziarische, war als nicht unmittelbar beteiligt zu vereidigen. Jedoch machte schon vor der Novelle die Rechtsprechung

RG. 44, 375.

die Einschränkung, daß der Zedent unmittelbar beteiligt sei, wenn er die Zession in der Absicht und zu dem Zwecke ausgestellt hatte, daß der Zessionar den Anspruch für seine, des Zedenten, Rechnung einziehe und nötigenfalls einklage.

---

biger. Anders würde es dann sein, wenn der Pfandgläubiger noch jetzt wie nach früherem preußischen Recht kein Pfandrecht erwerben würde, sondern die Ermächtigung erhielte, die Forderung des Schuldners einzuklagen.

Die Rechtskrafterstreckung auf den Schuldner nehmen allein Struckmann-Koch Nr. 6 und Wilmowski-Levy gegen die herrschende Meinung an.

1) Vgl. hierzu Gaupp-Stein S. 629 Abs. 3; Seuffert S. 552; RG. 58, 108, wo bejaht wird, daß nach Überweisung der Pfandgläubiger gegen Forderungen des Drittschuldners, wie dieser gegen Forderungen nicht nur des Schuldners, sondern auch des Pfandgläubigers aufrechnen kann.

Dieser Entscheidung ist ganz besonders von dem hier vertretenen Standpunkt beizupflichten, nämlich in der Inkassozession eine in § 185 begründete Ermächtigung zu sehen. Was die Gefahr anbelangt, einen zur Erstattung der Prozeßkosten unfähigen Gegner zu bekommen und vielleicht eine Widerklage nicht erheben zu können, so ist sie bei der Inkassozession dieselbe wie bei der vollen fiduziarischen Zession. Ebenso liegt es für eine eventuelle Normierung des Parteieides und für einen eventuellen Ausschluß von Gerichtspersonen wegen ihrer Beziehung zur Partei. Die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich in beiden Fällen auf den Fiduzianten und auf den Inkassozedenten, wie hier schon vorgreifend bemerkt werden soll, und wenn dem Beklagten seine Einreden gegen den Inkassozedenten erhalten bleiben, so wird er auch in diesem Punkte nicht schlechter gestellt, wenn ihm der Inkassozessionar statt des Inkassozedenten entgegentritt. Rücksichtlich der Begründung dieser beiden letzten Fragen sei auf die weiter unten folgenden Ausführungen zu Frage 6 und 7 verwiesen.

Die Inkassozession, d. h. die Übertragung der Einziehungsbefugnis ist also m. E. möglich und wirksam, und der Inkassozedent kann im eigenen Namen auf Leistung an sich klagen.

Im Ergebnis übereinstimmend außer den bereits Genannten: Gaupp-Stein S. 314 Vorbem. I, 2 vor § 30; Reinke-Wienstein S. 57 Anm. II zu § 50; Schmidt S. 316; A. A. Förster-Kann S. 169 allgem. Bem. vor § 50; Hellwig, Lehrb. II, 309 Anm. 55, Rechtskraft S. 530, Anspruch und Klagr. S. 216; beiläufig OLG. Hamburg, Rspr. 20, 33.

Es bleibt noch übrig, kurz die zweite oben gedachte Möglichkeit, dem Dritten Gläubigerrechte zu geben, ohne ihn aber zum Gläubiger zu machen, nämlich die eingangs unter Nr. 4 erwähnte Prozeßführungsermächtigung zu prüfen. Wodurch sich diese Ermächtigung von der Inkassozession unterscheidet, ist bereits ausgeführt. Es ist auch bereits betont worden, weshalb die Wahl dieses Weges meist gar

nicht den Wünschen der Parteien entspricht. Nun läßt sich allerdings der Fall immerhin denken, daß jemand einem andern die Ermächtigung übertragen will, eine Forderung klageweise zur Geltung zu bringen, ohne geneigt zu sein, ihm die Befugnis einzuräumen, Verfügungen im Laufe des Rechtsstreits oder der Zwangsvollstreckung vorzunehmen, insonderheit die Forderung einzuziehen.

Das Reichsgericht hat in RG. 73, 308 (V. Sen. vom 27. IV. 1910) den Satz aufgestellt, daß die Zulässigkeit einer Ermächtigung zur Geltendmachung eines Rechts des Ermächtigenden durch den Ermächtigten im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten zulässig sei und diese Ansicht in RG. 78, 90 aufrecht erhalten [1]). Von Hellwig ist in Gruchot 55, 607 die in RG. 73, 308 gegebene Begründung im ablehnenden Sinne kritisch gewürdigt. Gleichwohl wird auch dort die Zulässigkeit ohne weitere Begründung bejaht, mit der Einschränkung, daß sie nur dann statthaben dürfe, wenn der Gegner nicht widerspreche.

Die schrankenlose Zulassung einer Übertragung der nackten Prozeßführungsmacht ist wohl nicht ganz unbedenklich. Das hieße doch letzten Endes die Abtretung des gegen den Staat gerichteten Rechtsschutzanspruches [2]) zulassen. Wenn in einigen Fällen jemand das Recht hat, im eigenen Namen über fremde Rechte zu prozessieren, ohne der Zustimmung des Rechtssubjektes zur Verfügung zu bedürfen, so sind das vom Gesetz geschaffene Ausnahmefälle, deren Zahl nicht durch Parteivereinbarung erweitert werden kann. Das Klagerecht für sich allein, kann rechtsgeschäftlich einem andern nicht übertragen werden.

Hellwig, Lehrbuch I, S. 148 und besonders 169 und 363; Gaupp-Stein S. 135 Vorbem. I, 2 a. E. vor § 50 und Not. 19; Förster-Kann S. 169 allgem. Bem. vor § 50; Oertmann S. 314 Anm. e zu § 399; Planck II, Anm. g zu § 398; RG. II, 19, 5, 1908 in JW. 08, 479.

---

1) Anscheinend auch OLG. Naumburg, mitgeteilt bei Sörgel 1912 zu § 398.

2) Cf. Langheineken S. 15/16 u. S. 44 u. 48.

Mit dieser Verneinung steht die oben aus § 185 BGB. und § 835 ZPO. gezogene Folgerung, daß der Inkassozessionar im eigenen Namen klagen könne, nicht im Widerspruch, wie damit auch nicht im Widerspruch steht, wenn man es ablehnt, aus § 185 BGB. die Prozeßführungsermächtigung zu folgern. Der Inkassozessionar hat die Befugnis, durch Einziehung über die Forderung zu verfügen. Diese materielle Verfügungsbefugnis ist dem Prozeßführungsermächtigten an sich nicht gegeben, es sei denn, daß er zu dieser materiellen Verfügung auch die Zustimmung hätte.

RG. 78, 383; 77, 35.

Wenn man aus § 185 die Zulässigkeit der Inkassozession und unter Heranziehung des § 835 die Klagebefugnis des Inkassozessionars folgert, so kann man m. E. aus diesen Gesetzesstellen noch nicht die Zulässigkeit der bloßen Prozeßführungsermächtigung herleiten. § 185 spricht von Verfügungen. Die Prozeßführung ist aber keine Verfügung.

Dernburg 1, § 112 Anm. 3; Neumann S. 101 Anm. 5c vor § 104; Gaupp-Stein S. 832 Anm. IV, 2 zu § 325.

Und bei der Heranziehung von § 835 ZPO. war vorausgesetzt, daß dem Ermächtigten eine nach materiellem Recht wirkende Befugnis gegeben war.

4.

Einwendungen gegen die Inkassozession.

Natürlich ist mit Zulassung der Inkassozession nicht etwa ausgeschlossen, daß der Schuldner Einwendungen gegen das Inkassoabkommen wie gegen jedes andere Rechtsgeschäft erheben kann. Zu denken wäre einmal an den Einwand des Scheins aus § 117. Es ist bereits erwähnt worden, daß dieser Einwand höchstens die verdeckende Zession treffen könnte. Die durch sie verdeckte Inkassozession ist von den Parteien ernstlich gewollt und daher diesem Angriff entzogen. Dagegen kann unter Umständen der § 138 I durchgreifen. So meint Kuhlenbeck

> bei Staudinger S. 452 Anm. 5 zu § 398 und in Seuff. Bl. f. R. A. 1905, S. 341 im Gegensatz zu den das. zitierten Entscheidungen,

daß die Inkassozession gegen die guten Sitten verstoße, wenn sie vorgenommen sei, lediglich um den materiell als Kläger interessierten Zedenten im Prozesse zum Zeugen in eigener Sache zu stempeln. Ich möchte mich dieser Ansicht nicht anschließen und mich auf die Fortbildung des § 393 Ziff. 4 ZPO. berufen. Gerade dadurch, daß der Gesetzgeber dem Zeugnis des Zedenten einen minderen Wert gegeben hat, hat er seine Ansicht dahin erklärt, daß die Gewinnung eines Zeugen im Wege der Zession [1]) nicht unbedingt gegen die guten Sitten verstoße. Andernfalls wäre

1) Und was für die Zession gilt, muß für ein gleiche Erfolge bezweckendes und erzielendes anderes Rechtsgeschäft (Inkassozession) analog gelten.

der Ausbau der zitierten Gesetzesstelle durch die Novelle von 1909 nicht erfolgt. Trotz dieses ablehnenden Standpunktes wird eine tatsächliche Benachteiligung des Schuldners durch den Richter vermieden werden, der dem Zeugnis des Zedenten den richtigen, d. h. gar keinen Wert beilegen wird, wenn es sich im Prozesse herausstellt, daß die Zession oder Inkassozession vorgenommen ist, um die streitige Forderung unter Beweis stellen zu können durch künstliche Schaffung eines, wenn auch unbeeidigt (§ 393 Abs. 1, Abs. 2 ZPO. zu vernehmenden Zeugen.

Cf. auch die bei Staudinger S. 452 Anm. 5 zu § 393 zitierten, von Kuhlenbecks Auffassung abweichenden Urteile.

Eher wäre es möglich, daß der Einwand aus § 138 I BGB. durchgreift, wenn das Inkassoabkommen vorgenommen ist, um dem Drittschuldner Prozeßkosten zu bereiten, deren Ersatz er von einem vollständig armen Gegner nicht zu erlangen vermag [1]). Es liegt auf der Hand, daß ein Rechtsgeschäft, das nur eine materielle Schädigung eines Dritten erstrebt, nicht den Schutz des Gesetzes genießen darf. Wann im einzelnen lediglich dieser Zweck als vorliegend erachtet werden kann, und aus welchen einzelnen Tatumständen man ihn zu folgern geneigt sein mag, ist hier zu erörtern nicht der Platz. Im Prinzip die Frage zu bejahen und jedes Inkassoabkommen, das zwischen einem reichen Zedenten und einem armen Zessionar getätigt wird, für nichtig zu erklären, wird jedenfalls nicht angängig sein. Man würde damit dem Institut der Inkassoagenten und Inkassobureaus, deren Not-

1) So Dernburg S. 374; A. A. Gruchot 34, 464 und beiläufig RG. in Bl. f. Rechtspfl. 1902, 16. Diese beiden und die von Dernburg a. a. O. zitierten Entscheidungen beziehen sich darauf, daß der Schuldner den Einwand der Scheinzession vorgebracht hat. Diesen fand die frühere Rechtsprechung (m. E. mit Unrecht) nur dann beachtlich, wenn ein besonderes Interesse vorlag In jenen Entscheidungen wird nun verneint, daß ein besonderes Interesse vorliege, wenn der Zessionar arm sei. Neuerdings (vgl. Anm. 1 S. 13) hat das RG. in Bd. 81, 175 sich der Auffassung Dernburgs angeschlossen.

wendigkeit die fortschreitende Verkehrs- und Lebensentwicklung bewiesen hat, den Lebensfaden abschneiden, da ja in den weitaus meisten Fällen die Inkassoagenten ärmer sind als ihre Machtgeber. Wohl aber läßt sich zu diesem Punkt ein gewisser Schutz der Drittschuldner erreichen, wenn man den Inkassoagenten das Armenrecht verweigert.

5.

Armenrechtsverweigerung.

Die Möglichkeit, dem Inkassozessionar das Armenrecht zu verweigern, ist gegeben. Allerdings ist der Inkassozessionar Partei und hat demnach die Kosten des Prozesses zu bestreiten ohne Rücksicht darauf, ob er das Subjekt des im Streit befangenen Rechtsverhältnisses ist, und auf wessen Rechnung der Rechtsstreit geführt wird.

Gaupp-Stein S. 338 Anm. I 1 zu § 114, S. 265 Anm. II 2 vor § 91.

Nach § 114 ZPO. würde er daher Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts haben, wenn er seine Armut nachweist, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint. Man könnte demnach meinen, daß dem Inkassozessionar das Armenrecht zu bewilligen wäre, gleichwohl möchte ich es ablehnen, und zwar aus folgenden Gründen. Die soziale Einrichtung des Armenrechts hat den Zweck, einem armen Manne die Durchführung oder Verteidigung seiner Rechte im Prozeßwege zu ermöglichen. Bestände diese Einrichtung nicht, so wäre der Arme gewisserweise rechtlos gestellt, weil ihm das Beschreiten des Prozeßweges tatsächlich unmöglich gemacht sein würde, im Falle er zur Zahlung von notwendigen Vorschüssen (z. B. § 379 ZPO., § 84 RA.Geb.O.) unfähig wäre. Es hieße m. E. diesen Zweck — die Vermeidung der Rechtlosstellung — verkennen, wenn das Armenrecht in Fällen zugebilligt würde, in denen der armen Partei das im Klagewege verfolgte Recht nur formell, aber nicht der Sache

nach zustände. Es würde damit ein Erfolg erreicht werden, der nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat; nämlich die Möglichkeit für zahlungsfähige Personen, kostspielige Prozesse ohne eigene Gefahr im Kostenpunkte auf den Namen vorgeschobener armer Personen führen zu können. Die Forderung, die der Inkassozessionar einklagt, ist nicht seine Forderung, sondern die seines Machtgebers. Auch eine etwaige, meist übliche, Vereinbarung, daß ihm 10 Proz. des eingezogenen Betrages gehören sollen, gewährt ihm kein Recht gegen den Drittschuldner, sondern nur ein Recht gegen seinen Machtgeber, das aber noch gar nicht einmal zur Entstehung gelangt ist.

Wer es aber unternimmt, zwar prozessual für sich, wirtschaftlich aber für einen anderen ein Recht zu verfolgen, unternimmt eine mutwillige Rechtsverfolgung selbst, wenn die Aussicht besteht, vielleicht selber ein Recht gegen einen anderen damit erwerben zu können [1]).

Ebenso Beschluß des KG. in Rspr. 25, 82 und Beschluß des OLG. Stuttgart in Seuff. Arch. 54, 463.

---

1) Diese höhere Auslegung des Begriffes „mutwillig", welche aus der dem Institut des Armenrechts zugrunde liegenden Idee abgeleitet wird, wird nicht in Frage gestellt durch die Argumentation, der Inkassoagent handle nicht mutwillig, wenn er seinem Auftrage nachkomme oder den in Aussicht gestellten Verdienst erstrebe. Mit dieser Argumentation verwechselt man die Beziehungen zwischen Inkassozedenten und -zessionar und die zwischen letzterem und dem Schuldner.

6.

Aufrechnungsmöglichkeiten.

In Betracht kommt zunächst die Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Inkassozedenten. Konstruiert man die Inkassozession als eine „schwächere fiduziarische Abtretung", so ist nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift des § 406 eine Aufrechnung mit Forderungen gegen die Person des Inkassozedenten zugelassen. Die Konstruktion aus § 185 würde ein Fehler sein, wenn sie dem Schuldner die Möglichkeit nähme, mit Forderungen gegen den Inkassozedenten aufzurechnen. Das ist aber nicht der Fall. Der zur Einziehung Ermächtigte darf nur so viel einziehen, als sein Machtgeber einziehen dürfte. Kann dieser nicht die ganze Schuldsumme beitreiben, weil ihm gegenüber mit Erfolg aufgerechnet werden kann, so kann der von ihm zur Einziehung Ermächtigte auch nicht mehr verlangen als sein Machtgeber [1]).

So auch Staub-Stranz S. 76 Anm. 6, Art. 17 für das Inkassoindossament.

Zu berücksichtigen ist ferner die Möglichkeit der Aufrechnung mit Forderungen gegen den Inkassozessionar. Das Erfordernis der Gegenseitigkeit scheint auf den ersten Blick gewahrt. Der Inkassozessionar kann vom Schuldner und dieser von jenem eine Summe verlangen. Gleichwohl möchte ich die Gegenseitigkeit verneinen. Das Erfordernis der Gegenseitigkeit besteht nicht so sehr darin, daß zwei selbe Per-

1) Analoges gilt natürlich für den Vortrag anderer Einwendungen und Einreden gegen die eingeklagte Forderung.

sönlichkeiten als Forderungsberechtigter und -verpflichteter gegenüberstehen, sondern die beiden Inhaber zweier Forderungen [1]). Wenn gegen den Pfändungspfandgläubiger vom Drittschuldner aufgerechnet werden kann (RG. 58, 108), so kommt hier, wie bereits oben erwähnt, zur Geltung, daß der Pfändungspfandgläubiger als Inhaber des Pfandrechts an der einzuziehenden Forderung dem Drittschuldner gegenübertritt [2]).

Wollte man aber gleichwohl Gegenseitigkeit der Forderungen zwischen S und A annehmen, so wäre zu untersuchen, ob nicht etwa der Fall des § 394 vorliegt. Das OLG. Stettin hat in seinem Urteil vom 6. II. 1911,

RSpr. 23, 19,

angenommen, daß ebensowenig, wie eine von einem Gläubiger des Inkassozessionars ausgebrachte Pfändung auch die Aufrechnung mit Gegenforderungen aus der Person des Inkassozessionars zulässig sei. In genannter Entscheidung ist nicht § 394 genannt, doch deutet die Fassung der Gründe auf diese Gesetzesstelle hin. Ich möchte diese Begründung nicht für ganz unbedenklich halten, weil m. E. der Zweck des § 394 nicht berücksichtigt ist. Gegen Forderungen, die der Pfändung nicht unterworfen sind, gilt keine Aufrechnung, denn ihre reale Erfüllung wird im öffentlichen Interesse gewährleistet.

Endemann S. 831.

Es handelt sich im § 394 um eine sozialpolitische Schutzvorschrift, die bestimmt, daß eine Forderung, die objektiv unpfändbar ist, auch nicht aufgerechnet werden kann. Die Fassung: „soweit eine Forderung der Pfändung nicht

1) Lang sagt S. 23: „Formelle Identität genügt nicht."

2) Insofern stellt die Ableitung der Inkassozession aus § 185 den Schuldner ungünstiger, als wenn man eine schwächere Zession konstruierte, bei der gemäß § 387 dem Schuldner das Aufrechnungsrecht gegen den neuen Gläubiger ohne Rücksicht auf dessen fiduziarische Eigenschaft (Lang S. 17) gegeben wäre. Vgl. aber das Folgende im Text, wonach die Praxis trotzdem Aufrechnung mit Forderungen aus der Person des Inkassozessionars ablehnt.

unterworfen ist“ deutet m. E. mehr auf die Höhe hin, in welcher Aufrechnungen unzulässig sind, will aber nicht besagen: „soweit eine bestimmte Person die Forderung nicht pfänden kann, kann sie auch nicht aufrechnen“ [1]).

Schließlich bliebe noch die Frage zu prüfen, ob der Inkassozessionar die Forderung des Inkassozedenten zur Aufrechnung stellen kann. Aus zwei Gründen ist dies zu verneinen.

Einmal ist der Inkassozessionar hierzu nicht ermächtigt. Die Einwilligung bezieht sich nur darauf, durch Einziehung über das Forderungsrecht zu verfügen. Die Aufrechnung ist eine Verfügung, auf die sich die Zustimmung nicht erstreckt, und schon aus diesem Grunde unwirksam. Ohne Zweifel kann der Schuldner sich mit Erfolg hierauf beziehen.

Aber selbst wenn man folgern wollte, daß in der Einwilligung zur Einziehung, d. h. also zu einer Verfügung, durch welche die Forderung zum Erlöschen gebracht wird, auch die Einwilligung enthalten sein sollte, denselben Erfolg durch ein anderes Rechtsgeschäft, z. B. die Aufrechnung herbeizuführen, würde die Aufrechnung immer noch nicht gegen den Willen des Aufrechnungsgegners möglich sein. Denn das Gesetz § 387 begnügt sich nicht damit, daß der Schuldner, der aufrechnen will, über die gegen den Gläubiger gerichtete Forderung verfügen kann, sondern verlangt, daß er Inhaber der Forderung ist (so auch schon oben). Gehört die Forderung einem Dritten, so wird durch die Einwilligung des Dritten nach § 185 nur das in dessen Person liegende Hindernis beseitigt. Der Gläubiger, gegen den aufgerechnet werden soll, braucht das nicht zu dulden. Sein Interesse erheischt, daß der Schuldner nur mit eigenen Forderungen aufrechnet.

RG. 78, 383; Lang S. 17.

1) Für das Wechselrecht werden Aufrechnungen aus der Person des Inkassomandatindossatars meist bejaht. Staub-Stranz S. 78 Anm. 12 zu Art. 17 und Anm. 58 und 60 zu Art. 82. A. A. Bernstein S. 114.

7.

Rechtskrafterstreckung.

a.

Bei einer Forderungsübertragung zum Zwecke des Einzugs macht es dann keine Schwierigkeit, die Rechtskraft des gegen den Zessionar ergangenen Urteils auf den Zedenten zu erstrecken, wenn eine volle fiduziarische Zession vorliegt. Denn wenn der Zedent noch einmal selber klagend gegen den Schuldner vorgehen wollte, müßte er sich die Forderung von seinem Fiduziar zurückübertragen lassen und wäre somit Rechtsnachfolger, auf den sich nach § 325 ZPO. die Rechtskraft erstreckte. Anders, im Falle man die Inkassozession als schwächere Zession konstruiert oder als Einziehungsermächtigung aus § 185 herleitet. In beiden Fällen ist die Forderung bei dem Inkassozedenten verblieben und eine Rückübertragung daher ausgeschlossen.

RSpr. 20, 154; 24, 308.

Förster-Kann (S. 869 zu § 325) leugnet denn auch für diesen Fall die Möglichkeit, die Rechtskraft vom Inkassozessionar auf den Zedenten und umgekehrt zu erstrecken. Es liegt auf der Hand, daß, wenn es unmöglich wäre, die Rechtskraft vom Inkassozessionar auf den Inkassozedenten zu erstrecken, dies eine solche Beeinträchtigung des Schuldners bedeuten würde, daß daran allein die Zulassung der Inkassozession scheitern müßte. Die Rechtsprechung, die die Inkassozession (bzw. das Inkassomandatindossament) zugelassen hat, hat auch folgerichtig die Rechtskrafterstreckung

auf Zessionar bzw. Zedenten bejaht. So (für Indossament zum Inkasso und Inkassozession)

RG. 36, 53; 43, 44; 44, 374; 52, 216. Gruchot 55, 383. JW. 1911, 409.

Das Reichsgericht meint, daß derjenige arglistig handle, der eine Form sich zunutze mache und noch einmal dieselbe Klage um dasselbe Rechtsverhältnis erhebe, die er bereits einmal zum Austrag gebracht habe, und zwar durch eine vorgeschobene Person, die allerdings als Partei, aber ohne eigenes Interesse und auf fremde Rechnung gestritten habe. Es laufe den Zwecken der Rechtsordnung zuwider und sei daher dolos, wenn der Kläger es bei dieser einmaligen Rechtsverfolgung nicht bewenden lassen und mit einer neuen Klage das erreichen wolle, was er mit der ersten nicht erreicht habe. (So RG. 36, 53; JW. 1911, 409). Mit Recht weist m. E. Hellwig (Rechtskraft S. 302) unter Heranziehung der späteren Entscheidung in RG. 43, 42 darauf hin, daß der in RG. 36, 53 leitende Gesichtspunkt der Arglist jedenfalls dann versage, wenn infolge mangelhafter Prozeßführung eine tatsächlich unrichtige Entscheidung im Vorprozesse herbeigeführt sei und dadurch rechtmäßige Interessen gefährdet würden.

In RG. 73, 309 meint das Reichsgericht, daß der Ermächtigende, weil er mit der Prozeßführung über das Recht den Ermächtigten betraue, auch ein ungünstiges Urteil gegen sich gelten lassen müsse und sich nicht darauf berufen könne, daß er im Vorprozeß als Partei nicht beteiligt gewesen sei. Auf diese Begründung, die sich mit einer Theorie Hellwigs zu decken scheint, wird noch weiter unten zurückzukommen sein.

In der Theorie hat man auf verschiedene Weise versucht, das offenbar unbillige Ergebnis zu vermeiden.

Ein Versuch, die Rechtskrafterstreckung in Einklang mit dem Wortlaut des § 325 zu bringen, ist der, daß man den Begriff des Rechtsnachfolgers erweitert. So z. B. auch Hellwig S. 291. Er spricht von dem „Rechtsnachfolger im weiteren Sinne des Wortes, indem dieser Begriff in § 325

Abs. 1 genommen sei". Einmal widerspricht sich Hellwig damit selber, da er S. 92 betont, daß der Begriff des Rechtsnachfolgers der Zivilprozeßordnung derselbe sei wie im Bürgerlichen Gesetzbuch. Aber selbst wenn man annehmen wollte, es gäbe einen Rechtsnachfolger im weiteren Sinne der Zivilprozeßordnung, als welcher z. B. auch der Indossator anzusprechen sei,

> Hellwig S. 93 Anm. 2, S. 291 Anm. 7, im Gegensatz zu RG. in JW. 1911, S. 409, wo ausdrücklich wiederholt betont wird, daß der Indossatar nicht Rechtsnachfolger sei,

käme man für vorliegenden Fall nicht einen Schritt weiter, da hier das Recht auch nicht einmal der äußeren Form nach sein Subjekt gewechselt hat. M. E. läßt sich aus § 325 die Rechtskrafterstreckung direkt nicht herleiten, auch nicht unter Heranziehung des zweiten Absatzes. Hellwig (als einziger) meint nämlich, daß Abs. 2 nicht nur die Rechtskrafterstreckung auf Rechtsnachfolger einschränke, sondern auf die gutgläubige Prozeßpartei erweitere unter entsprechender Anwendung der Grundsätze des Bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (S. 480 und S. 508). Es muß zugegeben werden, daß die Folgen aus dieser Theorie für vorliegenden Fall außerordentlich bestechend wirken, aber die Ansicht von Hellwig trägt in Abs. 2 weit mehr hinein, als der Gesetzgeber, wie aus der Entstehungsgeschichte folgt, hat hineinlegen wollen. Es entspricht seinem Willen daher mehr, wenn man Hellwigs Ansicht ablehnt (so auch Gaupp-Stein S. 831 Anm. IV, 2 zu § 325; Pagenstecher S. 338).

Wenn man der von Mendelssohn-Bartholdy aufgestellten Lehre folgen dürfte, daß das im Urteil Entschiedene kraft des Urteils Recht sei und der § 325 nicht besage, daß das Urteil „nur" für und gegen die Parteien wirke (S. 305 Anm. 1), so könnte man im Falle der Klagabweisung des Inkassozessionars folgern: Durch das zwischen diesem und dem Schuldner ergangene Urteil sei nicht nur zwischen diesen beiden festgestellt, daß der Schuldner die Forderung des

Inkassozedenten nicht zu zahlen schuldig sei, sondern diese Feststellung müsse sich auch derjenige gefallen lassen, der in die Lage komme, über das zwischen Inkassozessionar und Schuldner Festgestellte zu streiten, vorliegend der Inkassozedent, der dieselbe Forderung noch einmal gegen den Schuldner einklagte.

Die Theorie Mendelssohns muß zu den größten Ungerechtigkeiten führen, für den Fall, daß z. B. infolge mangelhafter Prozeßführung tatsächliches Unrecht zum Recht erhoben wird (Fischer S. 162). Die Rechtskraft ist eine aus der Selbstverantwortung der Parteien und der Verhandlungsmaxime sich ergebende Folge

> Gaupp-Stein S. 804 Anm. II, 4 zu § 322; S. 826 Anm. I zu § 325

und kann daher sich in der Regel nur auf diejenigen erstrecken, die es in der Hand hatten, dem objektiven Recht zum Siege zu verhelfen. Das sind aber in erster Linie die Parteien, so daß der herrschenden Lehre beizupflichten ist, daß das Urteil zunächst nur für und gegen die Parteien wirkt [1]).

> Vgl. Schmidt, Lehrb. S. 762 gegen Mendelssohn-Bartholdy a. a. O., auch Mot. z. BGB. I S. 377.

Hellwig will schließlich noch auf denjenigen die Rechtskraft erstrecken, der der Prozeßführung zugestimmt hat (S. 488 ff. bes. 507, 508), obwohl die Motive Bd. 1 § 192 S. 376 ff. dies ablehnen, und die Entscheidung in RG. 73, 306 scheint ihm, wie auch Hellwig jr. bei Gruchot 55, 611 hervorhebt, recht zu geben. Es sind aber nicht allein die Motive, die gegen die Hellwigsche Annahme sprechen, sondern auch die Tatsache, daß andere Gesetzesstellen, z. B. § 1380

---

1) Pagenstecher, S. 143, sieht eine contradictio in adiecto in dem Ausspruch, daß das Urteil eine authentische Deklaration des behaupteten Rechts sei, die nur unter den Parteien wirke. Nach seiner Ansicht ist nicht das geltend gemachte Recht Gegenstand der Feststellung, sondern die zwischen den Parteien hinsichtlich dieses Rechts bestehenden Beziehungen.

BGB., nach ihrem Wortlaut und ihrer Entstehungsgeschichte die Annahme verbieten, daß die Rechtskraft sich immer auf denjenigen erstrecke, der der Prozeßführung zugestimmt habe.

Vgl. Staudinger S. 229 Anm. 6 zu § 1380; Neumann S. 76 Anm. 13b zu § 1380.

Schließlich ist noch die Lehre von Wach zu erwähnen. Wach geht davon aus, daß das Urteil nur unter den Parteien wirke. Aus den im Gesetz aufgestellten Ausnahmen der erweiterten Rechtskrafterstreckung könne man aber leitende Gedanken des Gesetzgebers herausfolgern und analog auf gleichartige Fälle anwenden. So z. B. im Falle, daß der Dritte durch die Partei repräsentiert werde (S. 11 a. a. O.). Gegen diese Theorie wendet sich Hellwig (S. 52) mit der Begründung, daß Repräsentation gleichbedeutend mit Vertretung sei, also mit handeln im fremden Namen, daß aber in den Anwendungsfällen die Partei immer im eigenen Namen aufgetreten sei [1]). Schwerer wiegt m. E. der Angriff, daß es „Repräsentanten" gibt, die oft gegen den Willen des Repräsentierten handeln müssen, so z. B. der Testamentsvollstrecker, den Wach S. 15 auch als Repräsentanten nennt.

Gaupp-Stein S. 832 Anm. IV 1 zu § 325 verwendet gleichfalls den Begriff der Repräsentation, den er mit „Prozeßführung für fremde Rechnung" gleichstellt. Ebenso ist bei Seuffert S. 535 Anm. 2 zu § 325 ausschlaggebend, auf wessen Rechnung prozessiert worden ist. Es ist bereits oben betont worden, daß dieser Gesichtspunkt wohl nicht haltbar sein dürfte.

Wohl aber könnte man nach meiner Ansicht zu einem annehmbaren Ergebnis kommen, wenn man die Theorie Wachs mit der letzterwähnten Hellwigs über die Zustimmung zur Prozeßführung zusammenschmilzt und sagt:

Der Zweck der Rechtskraft ist, überflüssige und doppelte Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

RG. 3. X. 1910 bei Gruchot 55, 383.

---

1) Wach betont ausdrücklich, daß Repräsentation und rechtsgeschäftliche Vertretung auseinander zu halten seien.

Die Verhandlungsmaxime und die Selbstverantwortung der Parteien ist der Grund, daß die Rechtskraft sich zunächst nur auf die Parteien erstreckt. Aus den im Gesetz aufgestellten Sonderfällen erweiterter Rechtskrafterstreckung und aus dem Zweck der Rechtskraft überhaupt ergibt sich, daß die Rechtskraft auch in nicht ausdrücklich vorgesehenen Fällen auf Dritte erstreckt werden muß, wenn diese Dritten durch die Partei ersetzt worden sind (um das Wort „repräsentiert" zu vermeiden). Aber dies ist nur dann der Fall, wenn der Ersatz mit Willen des Dritten erfolgt ist, und er sich nicht nur auf die Prozeßführung allein bezieht (so Hellwig), sondern auch auf materiell-rechtliche Verfügungen über das Recht, um welches gestritten wird.

Stellt man diese beiden Erfordernisse auf, so lassen sich auch die Fälle des § 835 und 1380 leichter lösen. Wenn im Falle des § 835 das zwischen Pfändungspfandgläubiger und Drittschuldner ergehende Urteil nach herrschender Ansicht nicht gegen den Schuldner wirkt, so liegt das daran, daß der Ersatz des Schuldners durch den Pfändungspfandgläubiger kein gewillkürter, sondern ein erzwungener war, und wenn im Falle des § 1380 nach herrschender Ansicht

Staudinger S. 229; Neumann S. 76 Anm. b β zu § 1380

die Erstreckung der Rechtskraft auf die Ehefrau selbst dann nicht eintritt, wenn sie der Prozeßführung zugestimmt hat, so liegt einer Rechtskrafterstreckung dann nichts im Wege, wenn außerdem eine Zustimmung der Ehefrau vorliegt, daß der Ehemann auch materiell über das im Rechtsstreit befangene Recht verfügen dürfe.

RG. 77, 34.

Wenn man nun auf vorliegenden Fall die gezogene Folgerung anwendet, so ist das Ergebnis folgendes: Da der Inkassozedent seine Zustimmung gegeben hat, nicht nur zur Prozeßführung, sondern auch zu einer materiellen Verfügung über das Forderungsrecht, muß er das gegen seinen gewill-

kürten Ersatzmann, den Inkassozessionar, ergangene Urteil auch gegen sich gelten lassen.

b.

Ebenso muß dieses Urteil gegen sich gelten lassen, wer nach Rechtshängigkeit der Klage zwischen Inkassozessionar und Schuldner Rechtsnachfolger des Inkassozedenten geworden ist. Der Inkassozedent hat z. B. während der Rechtshängigkeit des Prozesses zwischen Inkassozessionar und Schuldner die Forderung an X abgetreten [1]).

Auf X würde sich nach § 325 unzweifelhaft dann die Rechtskraft erstrecken, wenn der Inkassozedent Partei gewesen wäre. Nun ist im vergangenen Abschnitt darzulegen versucht worden, daß die Rechtskraft des zwischen Schuldner und Inkassozessionar ergangenen Urteils sich auf den Inkassozedenten erstreckt, obwohl er weder Partei gewesen, noch als Rechtsnachfolger des Inkassozessionars anzusehen ist. Es würde das ganze praktische Ergebnis dieser Folge in Frage gestellt werden, wenn man nun nicht auch die Rechtskraft weiter auf die Rechtsnachfolger desjenigen erstrecken wollte, gegen den aus den unter 7a ausgeführten Gründen das Urteil wirkt. § 325 ist demnach so zu verstehen, als wenn er lautete: Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien und diejenigen Personen, welche nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder Rechtsnachfolger derjenigen Personen, auf welche sich aus anderen Gründen die Rechtskraft erstreckt. So auch Gaupp-Stein S. 832 Anm. VI, 1 zu § 325.

1) Darüber, daß er diese Abtretung vornehmen kann, und daß diese ohne Einfluß auf den schwebenden Prozeß ist, vgl. den folgenden Abschnitt.

8.

Erlöschen der Inkassozession.

Als Erlöschungsgrund der Einziehungsermächtigung kommt, besonders wenn man die hier vertretene Konstruktion ins Auge faßt, zunächst der Widerruf der Inkassozession in Betracht. § 183 bestimmt, daß grundsätzlich die Einwilligung widerruflich ist, und zwar „bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts". Hervorgehoben zu werden verdient, daß als dieser Zeitpunkt nicht nur, wie natürlich, die Einziehung der Forderung, sondern auch die Erhebung der Klage gilt, da im Bürgerlichen Gesetzbuch allgemein dem Zeitpunkt der Vornahme eines Rechtsgeschäfts für den Prozeß der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit entspricht,

Neumann S. 93 Anm. IVa zu § 1400,

so daß also nach Klageerhebung durch den Inkassozessionar ein Widerruf seitens des Inkassozedenten unwirksam ist.

Neumann S. 209 Anm. 2 zu § 183; Prot. I, 144; RG. II 13. XII. 1907 in Leipz. Ztschr. 1908, 454; beiläufig auch RG. 53, 419.

Mit Recht hebt Oertmann (S. 307 Anm. a vor § 398) hervor, daß die Entscheidung in RG. 53, 417, die die Widerruflichkeit der Inkassozession vor Klageerhebung bejaht, deshalb sehr bedenklich sei, weil sie sich über den Charakter der Zession, die selbst als eine „schwächere" doch immer Zession, also ein Vertrag bleibe, hinwegsetze. Bei der hier vertretenen Herleitung der Inkassozession aus § 185 kann dies Bedenken nicht entstehen.

Die von der Regel der Widerruflichkeit in § 183 festgesetzte Ausnahme: „soweit nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse sich ein Anderes ergibt", trifft bei der Inkassozession nicht zu, da auf das hier unterliegende Rechtsverhältnis in dieser Beziehung meist die §§ 675, 643 BGB. Anwendung zu finden haben werden. Sollte der Inkassozessionar zur Klageerhebung nicht verpflichtet, sondern diese in sein freies Ermessen gestellt gewesen sein, so wird man zu gleichem Ergebnis kommen, da eine analoge Heranziehung der zitierten Gesetzesstellen nicht abwegig erscheint, auch jene Gesichtspunkte beachtlich sein dürften, die von der Judikatur für den Widerruf eines Mäklerauftrags

cf. Neumann S. 516 Anm. 13 zu § 652

verwertet sind [1]).

Als weiteren Grund des Erlöschens wird man das Erlöschen des Rechtsverhältnisses anzusehen haben, das der Erteilung der Einwilligung zugrunde liegt. Diese von Oertmann (Anm. 22 zu § 183) vertretene Ansicht ist zwar nicht unbestritten, doch findet sie ihre Stütze in der Entstehungsgeschichte des § 183. Sein Vorläufer, der § 123 Abs. 3, Entw. I läßt das deutlich erscheinen. Der Unterschied der Fassung ist mit Endemann (Bd. I, § 83 Anm. 6) als unwesentlich anzusehen [2]).

In Betracht kommen für die Inkassozession hauptsächlich die Bestimmungen der §§ 675, 672, 673 BGB., 23 KO., so daß Eintritt der Geschäftsunfähigkeit und Tod des Inkassozedenten im Zweifel die Einwilligung nicht zum Erlöschen brächten, wie auch nicht der Konkurs des Inkasso-

---

1) Anders könnte es vielleicht liegen, wenn der Zessionar Gläubiger des Zedenten wäre und die zedierte Forderung beitreiben sollte, um sich zu befriedigen, und der Zedent nach der Abrede verpflichtet wäre, nur durch den Zessionar die Forderung beitreiben zu lassen. Cf. RG. 53, 419. Das ist aber keine Inkassozession in dem hier vertretenen Sinne mehr.

2) A. A. Staudinger S. 672 Anm. 2 zu § 183.

zessionars [1]), wohl aber Konkurs des Inkassozedenten und Tod des Inkassozessionars das Erlöschen der Einwilligung zur Folge hätten, während die eintretende Geschäftsunfähigkeit des Inkassozessionars diesem die Ausführung des übertragenen Geschäfts unmöglich machen würde.

RG Komm. S. 502 Anm. 2 zu § 677; Neumann S. 532 Anm. 4 zu § 673.

Mit Widerruf und Erlöschen des unterliegenden Rechtsverhältnisses sind nun aber die Gründe für das Erlöschen der Einziehungsermächtigung nicht erschöpft. So führt als weiteren Grund von Tuhr S. 75 die Zahlung an den Machtgeber an, der die Vollmacht erteilt hat, die, wie erwähnt, von Tuhr S. 46 mit der Einwilligung des § 185 gleichstellt sowie die von diesem vorgenommene Aufrechnung und Abtretung. Ohne weiteres sind die Fälle der Zahlung und Aufrechnung einerseits und der Abtretung anderseits nicht gleichzustellen. Rechnet derjenige, der die Einwilligung erteilt hat, auf, oder nimmt er Zahlung entgegen, so geht sein Forderungsrecht unter, und dem Einwilligungsempfänger ist es aus diesem Grunde tatsächlich unmöglich, noch über dieses Forderungsrecht zu verfügen, wobei es dahingestellt bleiben könnte, ob die Einwilligung als solche erloschen ist oder nicht. Anders bei einer Abtretung [2]) [3]). Hier wäre eine Verfügung über das Forderungsrecht ja immer noch denkbar. Aber bei der anzuerkennenden Verwandtschaft von Einwilligung und Vollmacht (Mot. I S. 246) wird man wohl nicht fehlgehen, wenn man mit von Tuhr annimmt, daß

1) Cf. Sydow-Busch, Anm. 2 zu § 52.

2) Daß eine solche rechtswirksam von dem Inkassozedenten vorgenommen werden kann, unterliegt keinem Bedenken. Es war bereits hervorgehoben, daß trotz der erteilten Einziehungsermächtigung der Inkassozedent doch immer der Berechtigte und als solcher verfügungsfähig geblieben war. Auf diesem Standpunkt stehen auch die Urteile in Rspr. 20, 154; 24, 307 und 308. Gerade diese dem Inkassozedenten verbleibende Verfügungsfähigkeit bildet einen Hauptvorzug der Inkassozession. Cf. auch von Tuhr S. 61, 75.

3) Cf. für den Fall der richterlichen Überweisung (§ 835 ZPO) die Vorschrift des § 829 Abs. 1 ebenda.

die Einwilligung begrifflich nur so lange andauern kann, als das Recht dem Berechtigten, d. h. dem Einwilligungsgeber verbleibt. Hiergegen kann für den Fall der Abtretung nicht eingewendet werden: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Denn die Einziehungsermächtigung haftet nicht als eine Beschränknng des Forderungsrechts der Forderung als solcher an, sondern ist eine die Forderung unberührt lassende rechtsgeschäftliche Willenserklärung der Person des früheren Forderungsinhabers.

M. E. würde also eine Abtretung der Forderung die vordem erteilte Einziehungsermächtigung zum Erlöschen bringen, unbeschadet etwaiger Schadensersatzansprüche aus dem unterliegenden Vertragsverhältnisse. Einer Erörterung bedarf noch der Fall, wenn die Abtretung nach Rechtshängigkeit erfolgt. Ein Widerruf der Einwilligung nach eingetretener Rechtshängigkeit war wegen der positiven Vorschrift des § 183 für objektiv unwirksam erachtet worden mit der Folge also, daß die Einziehungsermächtigung durch ihn nicht berührt wurde, sondern bestehen blieb. Dagegen fehlt eine positive Bestimmung, daß es dem Einwilligungsgeber benommen sei, durch andere Rechtsgeschäfte die Einwilligung zum Erlöschen zu bringen. Darin besteht die unangehme Lage selbst bei unwiderruflich gewordener Einwilligung für den Einwilligungsempfänger, daß er von seinem Machtgeber doch noch abhängig bleibt [1]), anders als z. B. der Vollzessionar bei Kenntnis des Schuldners von der Abtretung (§ 407 BGB.) oder der Pfändungspfandgläubiger [2]). Unter dieser Abhängigkeit darf nun aber nicht der Schuldner leiden, der sich bei noch bestehender und rechtlich wirksamer Einwilligung mit dem Inkassozessionar in den Rechtsstreit hat einlassen müssen. Eine analoge Heranziehung des § 265 ZPO. scheint hier am Platze. Hat schon die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs seitens einer Partei auf den Prozeß keinen Einfluß, so kann diesen auch nicht

1) von Tuhr S. 62.
2) Ebd. S. 64 Anm. 2.

die Abtretung seitens eines Dritten haben, der aus materiellen Rechtsgründen verfügungsfähig geblieben, aber sonst am Prozesse als Partei nicht beteiligt ist. Der veränderten materiellen Rechtslage wird allerdings der Inkassozessionar durch Änderung seines Klageantrags Rechnung zu tragen haben [1]), wenn nicht, was wohl meist der Fall sein wird, der neue Inhaber der Forderung als der nunmehrige Berechtigte die Inkassozession genehmigt.

1) von Tuhr S. 11.

9.

Strafrechtliches.

In erster Reihe ist an den Fall zu denken, daß der Inkassozessionar die eingezogene Summe nicht an seinen Machtgeber abführt, sondern für sich behält. Es fragt sich, ob in dieser Handlung eine Unterschlagung im Sinne des § 246 oder eine Untreue im Sinne des § 266 Ziff. 2 liegt [1]).

Das Reichsgericht hat sich mehrfach mit diesem Tatbestand zu befassen gehabt und ihn am eingehendsten in nachstehenden Entscheidungen behandelt:

I.	Senat	v.	1.	III.	1888	mitget.	in Rspr. 10, 201
IV.	„	„	31.	I.	1890	„	„ Goltd. Arch. 37, 444
III.	„	„	17.	II.	1898	„	„ „ „ 46, 133
IV.	„	„	3.	II.	1903	„	„ „ „ 50, 134
I.	„	„	26.	II.	1903	„	„ „ „ 50, 142
							u. die das. zit. Urteile
III.	„	„	15.	VII.	1899	„	„ Entsch. 32, 262
V.	„	„	28.	IX.	1909	„	„ „ 42, 420.

Von einer Kritik dieser Entscheidungen sei zunächst abgesehen. Man wird die Untersuchung, welches der beiden Delikte vorliegt, damit zu beginnen haben, daß man die Eigentumsverhältnisse an den auf die Forderung gezahlten Geldstücken betrachtet. Es ist nun bereits feststehende Praxis höchster Gerichte und auch in der Literatur über-

1) Die Untersuchung dieser Frage ist nicht müssig, sondern schon wegen des Strafrahmens und des § 247 von praktischer Bedeutung.

wiegende Meinung, daß ein Vertreter, der ohne Kundgebung seines Vertretungswillens im eigenen Namen kontrahiert hat, das Eigentum für den Geschäftsherrn erwirbt, wenn das Interesse des Veräußerers nicht entgegensteht und Vertreter und Geschäftsherr im Einverständnis sind, und zwar selbst dann erwirbt, wenn der Veräußerer den Vertreter zum Eigentümer zu machen beabsichtigt.

Neumann S. 784 Anm. II 2f. zu § 929 u. die das. mitget. Entsch.; auch das oben zit. Urt. vom 17. II. 96.

Die Geldstücke würden also in unserm Fall gleich in das Eigentum des Inkassozedenten treten. Liefert der Inkassozessionar das eingezogene Geld nicht ab und [1]) treten Umstände auf, aus denen seine Absicht, über das Geld gleich dem berechtigten Eigentümer zu verfügen, in äußerlich-erkennbarer Weise hervortritt, so liegt rechtswidrige Zueignung vor, und der Tatbestand des § 246 ist erfüllt. Es fragt sich nur noch, ob die Gelder, die der Inkassozessionar einzieht, ihm anvertraut im Sinne der zitierten Gesetzesstelle sind. Sicher sind sie ihm nicht von dem Schuldner anvertraut, der ja an den Forderungsberechtigten zahlt. Zweifelhaft dagegen könnte es sein, ob sie ihm nicht vielleicht von dem Inkassozedenten anvertraut sind. Zwar sind sie ihm nicht von Person zu Person übergeben; aber dessen bedarf es auch nicht. Es genügt die mittelbare Einräumung der Verfügungsgewalt,

Entsch. II. Sen. v. 12. VII. 81 E. 4, 386.

sodaß Unterschlagung anvertrauter Sachen (Veruntreuung) vorliegen würde.

Untreue in diesem Falle anzunehmen, erscheint mir bedenklich. Zwar umfaßt der Begriff der Bevollmächtigung in § 266 Ziff. 2 auch die Ermächtigung zu rechtsgeschäftlicher Selbsttätigkeit,

Frank S. 469 u. die das. zit. Entsch.

---

1) Cf. Entsch. d. RG. im Recht 6, S. 244 u. 619.

sodaß der Inkassozessionar als Bevollmächtigter im Sinne des § 266 Ziff. 2 angesprochen werden könnte. Es liegt aber keine zum Nachteile des Inkassozessionars vorgenommene Verfügung über die Forderung vor. Zieht der Inkassozessionar auftragsgemäß ein, so verfügt er auftragsgemäß über die Forderung seines Machtgebers. Ein Nachteil erwächst letzterem, wenn auch seine Forderung erlischt, auch aus dem Grunde nicht, weil ja das gezahlte Geld, wie erwähnt, sofort sein Eigentum wird [1]). Nun wird aber nicht nur die benachteiligende Verfügung über Forderungen, sondern auch solche über andere Vermögensstücke als Untreue bestraft. Dem Wortlaut nach ist dieser Tatbestand erfüllt [2]). Gleichwohl möchte ich mit

Frank S. 470, auch Binding I, 397/98

die Praxis für nicht ganz unbedenklich halten, hier Untreue anzunehmen. Gerade davor soll der Berechtigte durch das Verbot der Untreue geschützt werden, daß der Vertreter — das ist hier, wie gesagt, auch der im eigenen Namen Auftretende — seine Vertretungsmacht nicht nach außen hin mißbraucht. Das Reichsgericht steht allerdings auf einem anderen Standpunkt.

So I. Sen. v. 1. III. 1888 in Rspr. 10, 203; Entsch. 32, 259; 42, 420.

Besonders die erstgenannte Entscheidung verbreitet sich darüber, daß der Begriff der Untreue nicht zu eng gefaßt werden dürfe und nicht nur den Fall erfasse, wenn der Bevollmächtigte einem Dritten gegenüber die Vollmacht in

---

1) Insoweit könnte man sich aber vielleicht, doch nicht ohne Bedenken, den zit. Urteilen v. 3. und 26. Februar 1903 und 28. Sept. 09 anschließen und Untreue dann annehmen, wenn der Inkassozessionar in der vorgefaßten Absicht, die Gelder für sich zu verwenden, die Beträge einkassiert. Vgl. hierzu die folgende Ausführung über den treulosen Erlaß der Forderung.

2) Binding S. 401 Anm. 3 will in der Aneignung keine Verfügung sehen.

Anwendung bringe, sondern auch darauf angewandt werden könne, wenn der Bevollmächtigte sich selbst eine Sache widerrechtlich aneignet. Am Ende läßt diese Entscheidung sodann Idealkonkurrenz von Unterschlagung und Untreue zu, während die Entscheidung in 42, 420 erstere durch letztere für konsumiert erachtet [1]), wobei allerdings der Tatbestand vorausgesetzt ist, daß der Inkassozessionar von vornherein die Absicht hatte, für sich einzuziehen.

Muß nach diesseitiger Ansicht in der widerrechtlichen Zueignung der vereinnahmten Gelder eine Veruntreuung erblickt werden, so ist es Untreue, wenn der Inkassozessionar die Schuld erläßt. Hierbei ist aber ein Unterschied zu machen. Liegt das Inkassoverhältnis klar zutage, d. h. ist dem Schuldner bekannt, daß dem Inkassozessionar nur die Ermächtigung zur Einziehung und zu nichts weiter erteilt, die Forderung auch dem Inkassozedenten verblieben ist, so hat ein zwischen Inkassozessionar und Schuldner getätigter Erlaß nicht den Untergang der Forderung zur Folge, da auf eine solche Verfügung sich die Ermächtigung nicht erstreckte [2]). Über die Forderung ist, da sie nach wie vor weiterbesteht, gar nicht zum Nachteile des Inkassozedenten verfügt worden [3]).

Nun wird aber, wie bereits betont, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die Inkassozession durch eine volle (materielle und formelle) Abtretung verdeckt und dem Schuldner von der erfolgten Abtretung, die in Wirklichkeit gar nicht erfolgt ist, durch den Gläubiger Anzeige gemacht, oder, noch häufiger, eine Urkunde über die erfolgte Abtretung dem Inkassozessionar ausgestellt und von diesem dem Schuldner vorgelegt. Nach § 409 wäre nun der Schuldner

---

1) Eine tiefere Untersuchung über die Frage, ob Unterschlagung oder Untreue vorliege, geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus, die mehr die bürgerlichrechtliche Seite der Inkassozession im Auge hat.

2) So auch schon oben bezüglich der Aufrechnung.

3) Die Frage, ob etwa ein (aus Rechtsgründen untauglicher) Versuch hier vorliegt, ist müssig, da der Versuch der Untreue nicht unter Strafe gestellt ist.

geschützt, wenn der (Schein-)Zessionar ihm die Forderung erließe [1]).

Mit anderen Worten: In diesem Falle wäre von dem Inkassozessionar tatsächlich und rechtswirksam, wegen der Schutzvorschrift des § 409, über die Forderung verfügt und diese zum Nachteile des Inkassozedenten zum Erlöschen gebracht. Hier liegt also der Tatbestand des § 266 Ziff. 2 vor [2]).

---

1) Und zwar nach Annahme mancher Autoren selbst bei Kenntnis der wahren Sachlage. Neumann S. 380 Anm. 1 zu § 409.

2) Ein Gleiches muß für den Fall gelten, wenn der Inkassozessionar mit der Forderung aufrechnet. Ich komme damit allerdings zu dem auf den ersten Blick etwas wunderbar anmutenden Ergebnis, daß der Inkassozessionar, der seine Schuld durch Aufrechnung mit der Forderung des Inkassozedenten tilgt, sich einer Untreue schuldig macht, hingegen eine Unterschlagung begeht, wenn er erst die Inkassoforderung einzieht, und später mit dem vereinnahmten Gelde seine Schuld begleicht.

Literaturverzeichnis.

Bernstein, Allgemeine deutsche Wechselordnung. 1896.

Berolzheimer, Die fiduziarische Zession. Diss. 1908.

Binding, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1902.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Allgemeiner Teil 1906. Schuldverhältnisse 1909.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1902. Lieferung 2.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1902.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1912.

Fischer, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft; in Iherings Jahrbüchern Bd. 40, S. 150 ff.

Förster-Kann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1912.

Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1911.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. I 1911. Bd. II 1908.

Goltdammers Archiv für Strafrecht.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.

———, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903, 1907.

———, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

Hellwig jun., Ermächtigung zur Prozeßführung im eigenen Namen; in Gruchots Beiträgen, Bd. 55, S. 607.

Jander, Legitimationsübertragung; in Juristische Wochenschrift 1913, S. 471.

Kommentar von Reichsgerichtsräten, BGB. 1910.

Kuhlenbeck in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1905, S. 341.

Lang, Das Aufrechnungsrecht. 1906.

Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Mangold, Der Begriff der Inkassozession. Diss. 1907.
Marcus, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Diss. 1906.
Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft. 1900.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I und II.
Müller, Hat die Inkassozession die Wirkung einer Forderungsübertragung? in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 72, S. 967.
Neukamp, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. 1911.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1912.
Oertmann, Allgemeiner Teil. 1908.
———, Recht der Schuldverhältnisse. 1910.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1906.
Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1904.
Protokolle Bd. I zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1899.
Reincke-Wienstein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1910.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1906.
Schöninger, Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs; im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 96, S. 163.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1911.
Skonietzki-Gelpcke, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1911.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1897.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Aufl.
Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung. 1912.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1912.
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis. 1906.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung. 1910.
von Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht; in der Festschrift für Laband. 1908.
Türk, Diskontierung von Buchforderungen; in Juristische Wochenschrift, 1911, S. 1003.
Wach, Zur Lehre von der Rechtskraft. 1899.
Wienstein, Neues vom fiduziarischen Rechtsgeschäft; in Deutsche Juristenzeitung, 1905, S. 833.
——— in Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht, 1908, S. 887.
——— in Gruchots Beiträgen Bd. 46, S. 248; 48, S. 485.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Lebenslauf.

Ich wurde am 3. September 1884 in Marienwerder (Westpr.) als Sohn des Kreisschulinspektors Ludwig Albrecht und seiner Ehefrau Sophie geb. Weilandt geboren. Meine Schulbildung genoß ich auf den Gymnasien in Posen und Culm. Ostern 1903 verließ ich dieses mit dem Zeugnis der Reife und bezog, um die Rechte zu studieren, zunächst die Universität in Königsberg. Nach drei Semestern ging ich nach Halle, wo zwei Semester der Rechtswissenschaft gewidmet waren. Nachdem ich weitere zwei Semester in Berlin und eins in Königsberg studiert hatte, bestand ich im September 1907 vor dem Oberlandesgericht Königsberg die erste juristische Staatsprüfung mit „gut". Mit Dankbarkeit erinnere ich mich meiner akademischen Lehrer. Diesem Gefühl an dieser Stelle Ausdruck zu geben und insbesondere den Herren Professoren Geheimrat Dr. Loening, Geheimrat Dr. Stammler, Geheimrat Dr. Finger, Geheimrat Dr. Rehme und Dr. Langheineken meinen Dank zu sagen, ist mir angenehme Pflicht.

Nach Ableistung meines Militärjahres wurde ich als Referendar in den Bezirken der Oberlandesgerichte Marienwerder und Cöln beschäftigt. Im Oktober 1913 bestand ich vor der Justizprüfungskommission in Berlin die große juristische Staatsprüfung. Gleich darauf wurde ich zur Teilnahme an dem staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus in Berlin und am 1. März 1914 auf ein Jahr zur hamburgischen Zollverwaltung beurlaubt.

Die Drucklegung der Dissertation, die im Frühjahr 1914 von der Fakultät in Halle angenommen wurde, hat sich durch meine Teilnahme am Kriege verzögert.

Eckhard Albrecht.